

المملكة العربية
وزارة العدل



المختار القضاي

مجلة دورية يصدرها طلبة المعهد الوطني للدراسات القضائية - بالرباط

ربيع الثاني 1399 مارس 1979

العدد
الثاني

السنّة
الثانية

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ

30/09/15 تاريخ 007440 Air
جذيدة

للأحوال الشخصية

العبريين المغاربة

تقديم : الحر زهور

تحت هذا العنوان قام الزميلان الحر زهور واحمد فراق من المعهد ببحث يتناول الحديث عن الاحوال الشخصية عند العبريين بما في ذلك الزواج وشروطه وآثاره بالنسبة للطرفين والطلاق واسبابه وتنظيم التوراث طبق الشريعة الموساوية .

وفيما يلي ملخص لقسم من هذا البحث على ان نوالى نشر البقية في اعداد مقبلة .

وقد كان الدافع الى القيام بهذا البحث هو لقاء الاضواء على هذ الميدان المجهول لدينا من جهة ،،، ومن جهة اخرى القيام بمقارنة بين تشريع الديانة الموساوية والديانة الاسلامية لنلاحظ ما حظيت به الاسرة في الديانتين من اهتمام ولنخلص في النهاية الى ان الديانة الاسلامية قد كانت مكمله لجميع الجوانب الانسانية في الانسان . ومتوجة للديانات التي سبقتها .

نزعة التسامح الديني في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي

لم يخل بلد اسلامي في قديم الزمان وحديثه من افراد وطوائف غير مسلمين ذلك ان الاسلام دين تسامح وخاصة ازاء اهل الدمة ،،، فقد امرنا الرسول (ص) بتركهم وما يدينون به ،،، وانه يجب على المسلمين الوفاء لهم بمعاهداتنا وعقودنا معهم لانهم وقد استظلوا بلواء الاسلام صار لهم ما لنا وعليهم ما علينا .

وهؤلاء يحدث لهم ما يحدث للناس جميعا من خصومات تتطلب الفصل فيها فتطبق عليهم القواعد التي تحكم عقود وتصرفات المسلمين في الديون والمعاملات ما عدا ما يتعلق بأحوالهم الشخصية اذ ان في خضوعهم لاحكام

المسلمين اضرار باحكامهم المالية لذا نصت السنة على ان يرد اهل الكتاب في احوالهم ومواريتهم الى اهل دينهم الا ان يأتوا راغبين في حكم الله فيحكم بينهم بكتاب الله قال تعالى في شأن بعض غير المسلمين وهم اليهود مى سورة المائدة :

« فان جاؤوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين » .

وقد نهينا عن مجادلة اهل الديانات السماوية في معتقداتهم لنصرة العقيدة الاسلامية ويكفي لاثبات ذلك ان نذكر قوله تعالى في سورة البقرة (لا اكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي) وقوله تعالى في سورة العنكبوت : (ولا تحادلوا اهل الكتاب الا بالتتي هي احسن الا الذين ظلموا منهم . وقولوا آمنا بآذى انزل الينا وانزل اليكم والاهنا والاهكم واحد ونحن له مسلمون) .

ان نزعة التسامح الدينى هذه من النزعات السائدة في الاسلام وتتجلى واضحة اكثر فيما يتصل بالتشريعات الخاصة بالاحوال الشخصية فالمسيحيون واليهود الذين عاشوا تحت ظل الدولة الاسلامية كانت لهم كامل الحرية في ممارسة شعائرهم الدينية وفي تطبيق قوانين تشريعهم فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية .

هذا بالنسبة للشريعة الاسلامية ،،، اما بالنسبة للقانون الوضعى ، فقد نصت الفقرة الاولى من الفصل الثالث من الظهير المنظم لقانون الجنسية المغربية الصادر في 6 شتنبر 1958 على ما يلى (يطبق قانون الاحوال الشخصية والميراث الخاص بالمغاربة المسلمين على جميع المواطنين باستثناء المعتنقين الديانة اليهودية فانهم يخضعون لقانون الاحوال الشخصية المغربى العبرى) .

كما نص الفصل الاول من ظهير 4 مارس 1960 المتعلق بانهقاد الانكحة بين المغاربة والاجنبيات المغربيات والاجانب على تطبيق القانون العبرى المحلى على الشخص الاسرائلى المغربى .

مصادر القوانين العبرية

ان القوانين العبرية يرجع اصلها بدرجة اولى الى التوراة التى تحتوى على عدد من الاسفار . (سفر التكوين ، سفر الخروج ، سفر الاخبار الخ) ويأتى بعد التوراة التلمود المدعو بالمشنا — أى الكتاب الثانى — وهو اساس التقاليد الدينية يحتوى على احكام شرعية ومسائل دينية ومفسر لما ورد في التوراة ولجميع الاحكام من عبادات ومعاملات .

يضاف الى ذلك فتاوى الاحبار السابقين المعروفين بالمفسرين ثم الاحبار العظماء الذين افوا كتباً ووضعوا تصانيف في الديانة العبرية كسعد الفيومى بمصر الذى كان عالماً في العبرية ومتضلعا في العربية وموسى بن ميمون من قرطبة الذى فسر البيثنا والف كتاب اليد القويصة ويوسف اغرايم كارو المزداد بطليطلة في نهاية القرن الخامس عشر

الميلادي الذي ألف كتابا في الافتاء والمعروف باسم (شولحان عاروخ) أى المائدة المصفوفة ويتضمن أربعة مصنفات كلها فى العبادات والمعاملات نذكر منها المصنف المدعو بـ (ابن هاعيزير) أى الحجر المعين والذي يتعلق بالزواج والخطبة والطلاق والتقديس وحقوقه وواجبات الأزواج فى الحياة والمهمات .

ونظرا لاهمية شولحان عاروخ هذا صار بمثابة قانون معمول به فى انحاء العالم ومن بينها الديار المغربية .

هذا الى جانب التعديلات (تقانات) المدخلة على القوانين الاصلية حيث تجتمع حياة الحاخام لادخال بعض التعديلات متى راوا أن القوانين القديمة لا تتلائم مع الاوضاع . وخاصة فيما يتعلق بوضعية المرأة .

عقد الزواج العبرى وآثاره



ويتضمن الحديث عن شروط صحة الزواج والآثار المترتبة عن عقد الزواج .

اولا : شروط صحة عقد الزواج :

الزواج فرض على كل اسرائيلى شرعا والعزوبة يحرمها التلمود بقوله :

(كل اسرائيلى لا يتزوج فهو ليس من نسل آدام) والدين شرط اساسى للعقد فلا يجوز العقد بين طرفين احدهما غير عبرى .

ويشترط لصحة عقد الزواج ما يلى :

الشرط الاول :

التراضى وانعدام عيوبه : كانت الشريعة العبرية قديما تجيز للاب حق اجبار اولاده القاصرين على الزواج لا فرق فى ذلك بين الذكر والانثى . لكن هذا الحق خضع للتطور الحضارى فاصبح الرضى ضروريا من الفتى ببلوغه ما يزيد على 13 سنة ومن الفتاة اذا ما بلغت عمرا يزيد على 12 سنة ونصف . على ان التعديلات المدخلة على القوانين العبرية رفعت بين الزواج الى 18 سنة بالنسبة للذكر و15 سنة بالنسبة للفتاة . فالفتاة أو الفتى فى هذه السن لهما أن يبرما عقد زواجهما دون سابق اذن من اوليائهما . واذا شاب الرضى احد عيوبه كالاكراه والغلط والتدليس كان ذلك مسوغا لابطال العقد .

هذا ، وتوجد حالة استثنائية ينعقد فيها الرضى وهى وضعية ما يسمى عند العبريين بالليفرات . وفيها يتم زواج الارملة بأخ زوجها طبقا

لما جاء في التوراة من انه اذا كان اخوة ساكنين معا ومات احدهم دون ان يخلف ولدا فيمنع شرعا على الارملة ان تتزوج برجل اجنبي ، ويجب على الاخ الاكبر سنا للهلك ان يدخل بها ويتخذها زوجة لنفسه ولو كان متزوجا والبكر الذي تلده يسمى باسم الزوج المتوفى لئلا يمحي اسمه من العائلة . والارملة التي ترفض هذا الزواج تعد « موريديت » أى متمردة .

اما اذا رفض اخ المتوفى هذا الزواج فعليه ان يقوم باحتفال ديني يسمى بالحاليصة (1) .

الشرط الثانى :

انعدام موانع الزواج :

لصحة عقد الزواج يشترط الخلو من احد الموانع ويمكن تصنيفها عند العبرين الى الفئات الآتية :

(1) موانع تتعلق بالقرابة او المصاهرة : اذ لا يصح العقد مع وجود قرابة تحریم او مصاهرة .

(2) موانع تتعلق بسن اهلية الزواج : لا يجوز الزواج دون السن الشرعى للزواج واذا كان لا يجوز ذلك بالنسبة للقاصرين ولو باجازة وليه فان القاصرة يجوز لوليها ان يزوجه دون بلوغ سن الرشد لكن يحق لها اذا ما رشدت ان تطلب فسخ عقد النكاح .

(3) موانع تتعلق باختلاف الدين بين الزوجين : الشخص العبرى لا يمكنه الزواج الا من عبرية . واذا كان احد الاثنین من غير الدين العبرى لم يجز العقد بينهما الا اذا رغب الطرف الآخر فى اعتناق الديانة اليهودية .

(4) موانع تتعلق بالعيوب الجسمانية او باعترابات دينية : فى العيوب الجسمانية كالماعة من الوطاء وكذا العقلية كالجنون والحمق تمنع المصاىب بها من الزواج .

ولا اعتبارات تتعلق بالديانة والاخلاق العبرية :

— ان المرأة المطلقة اذا ما تزوجت زوجا آخر ثم طلقت منه يحرم عليها ان تعود الى زوجها الاول .

(1) فى الحاليصة يحضر اخ الزوج المتوفى امام ثلاثة حكام عبريين وثلاثة رجال من كبار السن بصفتهم شهودا ، فيفصل رجله اليمنى ثم يحتذى نملا اسود يناوله اياه احد الحاخام ، ثم تحضر الارملة ووجهها مغطى بثياب من حرير فيسال الحاخام الرجل عن سبب مجيئه فيجيب انه جاء للقيام بالحاليصة ، ويسال المرأة عن سبب حضورها فتد انما حضرت لان اخ زوجها الحاخام نمسا ابسى ان يتزوجها طبق العادة

ثم تقترب منه وتخلع نعليه بيدها وتبمق فى وجهه قائلة : « هكذا يفعل بالرجل الذى لا يريد ان يبنى بيت اخيه » ، فليكن اسمه عند العبريين بيت مخلوع النعل «

- ان ابن الزنا لا يمكنه ان يتزوج الا من بنت زنا مثله .
- ان الشخص الذى يشهد بأن زوج المرأة قد توفى اثناء غيبته الطويلة أو الشخص الذى ينوب عن الزوج فى اتمام شكليات الطلاق يمنع عليه ان يتزوج بهذه المرأة التى شهد بموت زوجها او كان وكيلاً عنه فى اجراءات الطلاق .
- ان الزوجة المتلبسة بجنحة الخيانة الزوجية او التى شهد ضدها شاهدان عدلان بارتكابها هذا الفعل لا يمكنها التزوج من شريكاً فى الزنا وتحرم كذلك على الشاهد الذى شهد ضدها . كما ان الزوج الزانى لا يجوز له ان يتزوج من خليلته .
- (5) موانع ناتجة عن قسم الزوج او عن وضعيته ككاهن او كشخص خاضع للاجراء الدينى المسمى بالليفرات .
- اذا اقسام الزوج الا يتزوج الا زوجة واحدة او اشترطت عليه زوجته فى عقد الزواج لا يتزوج عليها ولم تحلله من التزامه لم يجز له ان يتزوج .
- يحرم على الكاهن الزواج من فاجرة او امرأة مطلقة او مخطوبة وكذا المرأة التى رغب عنها شقيق زوجها فحررت عن طريق الحليصة .

6 — موانع متعلقة بوضعية المخطوبة او المطلقة او الارملة :

لا يصح للخطيبة ان تعقد زواجا آخر لانها بمثابة المتزوجة بمجرد قبولها لرمز الزواج « الكيد وشيم » او الارملة او المطلقة ليس لها ان تعقد داخل عدتها وهى ثلاثة اشهر (90 يوما كاملة) واذا ظهر حملها خلال هذه المدة امتدت العدة لمدة 24 شهرا ابتداء من تاريخ الوضع وذلك لتتمكن من القيام بواجباتها نحو الرضيع وتمنع هذه المرأة من الزواج حتى ولو كلفت مرضعة بالاعتناء بوليدها .

الشرط الثالث :

تسليم « الكيد وشيم » أى رمز الزواج : يعنى لفظة الكيد وشيم بالعبرية الخطبة ، لكن الاثر القانونى المترتب على تسليم الكيد وشيم وقبوله من طرف المرأة يتعدى آثار الخطبة حسب مفهوم مدونة الاحوال الشخصية عند المغاربة المسلمين . اذ يعتبر تسليم رمز الزواج وقبوله من طرف الزوجة او وليها اذا كانت قاصرة بمثابة زواج شرعى لا تنقسم عراه الا بطلاق دينى .

ورمز الزواج هو عبارة عن خاتم من ذهب او ما يقوم مقامه يعطيه الرجل للمرأة قائلاً بالعبرية (هانت صرت مقدسة لسي بهذا الخاتم حسب القوانين الموساوية) ويجب ان يكون الشيء المعطى ملكاً للرجل والا عد الزواج باطلاً ، وان يحضر تسليم الكيد وشيم شاهدان على الاقل .

الشرط الرابع :

عقد الكتابة أى عقد الزواج :

تمنع إقامة الرجل مع المرأة ولو كان هناك تقديس (تسليم الكيد وشيم) بغير كتابة عقد الزواج (كتوبة) وهى ورقة يكتبها (الصوفير) الموثق العبرى ويوقع عليها شاهدان .

وهناك خلاف بين فقهاء التلمود العبريين حول الصيغة القانونية لعقد الزواج لكن الراجح والمعتمد عليه هو ان عقد الكتابة يكتسب صفة مزدوجة .

فهو من جهة اجراء دينى جوهرى لا بد منه لقيام زواج دينى صحيح - وبالتالي لا مجال لاثبات الزواج عن طريق البيئة الشرعية - اذ لا بد للحبر الذى يحضر حفل الزواج من قراءة هذا العقد ولا بد من حضور عشرة شهود اثناء حفل الزواج . وهو من جهة اخرى عقد زواج بالمعنى القانونى لانه يتضمن اتفاقات الزوجين وشروطهما كما يحتوى على عناصر الصداق خاصة وان المرأة عند الطلاق او عند وفاة زوجها تستحق صداقها كاملا وتسترد اموال جهازها التى قد تكون اما عقارات او منقولات بالاضافة الى الملابس والمجوهرات واذا علمنا ان الزوجة الارملة لا ترث زوجها المتوفى وان الزوجة المطلقة لا يلزم وليها بالنفقة عليها استنتجنا ان عقد الكتابة ضمانه اساسية بالنسبة للمرأة .

ويتضمن عقد الكتابة الصداق والشروط المفروضة على الزوج لصالح زوجته وما يشترطه الزوجان على بعضهما مما لا يخالف الاصول او الشرع .

والصداق ينقسم الى اربعة اقسام :

1 - **الموهار** : أى المهر القانونى وهو ما يعطيه الزوج لزوجته وعدم النص عليه يؤدى الى بطلان عقد الزواج وقد حددته القوانين فى 200 زورى أى ما يعادل 6 غرامات من الفضة ، فهو اذن قدر هزيل جدا وحاليا ينص عليه فى عقد الكتابة لان له طبيعة دينية .

2 - **التوسفيت** : وهو القدر المضاف الى الموهار ومبلغه غير محدد ولما كان مقدار المهر القانونى بسيطا فللزوج ان يزيد عليه ما شاء ويلزم بادائه للزوجة عند الطلاق .

3 - **الماتانة** : وهو زيادة ثانية مدخلة على الموهار ويكتسب طابع مجرد هبة يتبرع بها الزوج لصالح زوجته ولا يلتزم بادائها الا اذا نص العقد على ذلك .

4 - **الندونية** : وتشمل جهاز المرأة من مجوهرات وملابس وافرشة وكذا الاموال العقارية او المنقولة التى تضعها الزوجة رهن تصرف زوجها وينص عليها فى العقد .

وتسلم الكتوبة الى الزوجة قبل الشروع في الاحتفال وعلى الزوجين حفظ الوثيقة فاذا ضاعت او فقدت وجب تحرير عقد آخر فوراً والا كانت اقامة الرجل مع الزوجة غير حلال شرعا .

الشرط الخامس :

اشهار عقد الزواج : من اجراءات اعلام الغير بوقوع الزواج ما يلي :

أ — الوعد بالزواج «شيدوخين» وهو تعهد بين رجل وامرأة اذا كانا بالغين اهلية الزواج او من طرف اوليائهما اذا كانا قاصرين على ان يتزوجا ببعضهما شرعا في اجل مسمى وبشروط يتفقان عليها ويشترط في ذلك العقد انه من تسبب في فسخ الخطبة بدون حق كان عليه ان يؤدي تعويضا للآخر .

ب — تسليم الكيد وشيم رمز الزواج :

ج — صلاة البركة وحفل الزواج حيث ياخذ الحاخام يوم عقد النكاح كاسا مملوءة خمرا ويقلو بالعبرية أمام الحاضرين دعاء البركة ، وعند ما ينتهى من تلاوة الدعاء يشرب من الكاس ويناولها للزوجين ليشربا منها بدورهما .

ويحضر حفل الزواج عائلة الزوج والزوجة ، وعشرة شهود على الاقل بالاضافة الى الحاخام الذى يبارك هذا الزواج ويقرأ عقد الكتوبة .

(البقية تتبع في العدد القادم)

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
تاريخ 007441-As 19/75
جذبة

تعقيب على وجهة نظر حول الخيانة الزوجية

للاستاذ : محمد العربي المجبود

ورد علينا من الاستاذ محمد العربي المجبود الرئيس الاول لمحكمة الاستئناف بمراكش التعقيب التالي حول وجهة نظر نشرت في العدد الماضي ونحن اذ نشكر للسيد الرئيس مساهمته الكريمة في تفذية مواد هذه المجلة الفتية نتمنى الا يبخل علانا اساتذتنا الكرام بأرائهم القانونية ومناقشاتهم الفقهية التي ستساهم بنصيب وافر في تدعيم ثقافتنا انقانونية والقضائية .

نشرت الانسة نزهة برار في مجلة « الملحق القضائي » (العدد الاول شهر يونيه 1978) مقالا تحت عنوان « وجهة نظر » حاولت ان تبرز فيه عدم المساواة بين المرأة والرجل من خلال الفصل 418 من القانون الجنائي بخصوص العذر المخفض للتعوية الذي يتوفر عليه الزوج حالة اقتراغه القتل او الجرح او الضرب ضد زوجته وشريكها عند مفاجئتهما متآبسين بجريمة الزنا ، ولست اريد ان اقوم الاعوجاج المرتكب في مفهوم مساواة المفاربة امام القانون التي ينص عليها الدستور انما وددت ان ابدى ملاحظات بشأن احكام القانون الجنائي بخصوص الخيانة الزوجية .

فاذا كانت الدعوى العمومية تهدف قبل كل شيء الى زجر الاخلال بالنظام الاجتماعي واقامتها بالتالي ترجع الى المجتمع بواسطة النيابة العامة التي تمثل هذا المجتمع وتسهر على مصالحه ، فان اقامتها في بعض الحالات من شأنها ان تلحق ضررا معنويا جسيما بالضحية نفسها . لذا اراد المشرع ان يترك في هذه الحالات لامجنى عليه وحده دون سواء حق المبادرة بتحريك تلك الدعوى .

وعلى غرار معظم التشريعات العصرية فان المشرع المغربي اراد في حالة الخيانة الزوجية ان لا تجري المتابعة الا على اساس شكوى الزوج المهان اعتبارا منه ان تحريك الدعوى العمومية دون ارادة المجنى عليه يؤدي حتما بعننية المحاكمة او حتى بسريتها الى فضح ما لحقه من عار واشاء بسمعة شرفه .

لكن المشرع عند ما وضع الفصلين 491 و 492 من القانون الجنائي لم يدرس جميع الاحتمالات التى قد تتقدم حين تطبيق هذين الفصلين .

وبالفعل ان المقطع الاخير من الفصل 492 الذى يقتضى بأن تنازل الزوج المهان أو الزوجة المهانة لا يستفيد منه مشارك هذه الزوجة أو مشاركة هذا الزوج لا يؤدى الغاية التى توخاها من ورائه المشرع .

اجل ان هذا الاخير عند ما قضى حسب الفصل 491 بأن المتابعة لا تجوز الا بناء على شكوى الزوج المهان أو الزوجة المهانة أراد أن ييقى تحريك الدعوى العمومية بيد الزوج المهان الذى له الحق وحده فى تقدير عواقب المتابعة وتبسات الفضيحة التى يمكن أن تنعكس على رفع الدعوى الى القضاء وما ينشأ عن ذلك من آثار على توازن العائلة .

انه أراد أيضا أن يترك للزوج المهان المجال فسيحا فى وضع حد للمتابعة فى أى طور من أطوارها وحتى لتنفيذ الحكم الذى صدر اذا كان غير قابل للطعن . وارضاء لشعور الانتقام من جهة والحفاظ على العنصر الادبى للعقوبة من جهة أخرى أراد المشرع أيضا أن يستفيد المشارك فى الجريمة من التنازل .

لكنه لم يراع الا احتمال حالة واحدة وهى الخيانة الزوجية البسيطة أى تلك التى يكون فيها المشارك غير متزوج أو اذا لم يقدم زوج المشارك شكوى أيضا بالخيانة الزوجية عن نفس الفعل .

هب مثلا ان زوجة ارتكبت جريمة بالخيانة الزوجية بمشاركة رجل متزوج ، وان كلا من زوج المرأة وزوجة المشارك اشتكى لدى النيابة العامة ، فكل من الرجل والمرأة اللذين استهلكا الفعل الاجرامى يعد فى نفس الوقت جارما رئيسيا ومشاركا . فالفرض أن المرأة تسمى « أ » والرجل « ب » ، أن « أ » مرتكبة رئيسية للجريمة بالنسبة لزوجها و « ب » مشارك لها . أما بالنسبة لزوج « ب » فان هذا الاخير هو الجارم الرئيسى و « أ » هى المشاركة . فاذا تنازل زوج « أ » عن شكايته بقيت الدعوى جارية ضد « ب » بوصفه مشاركا طبقا للفقرة الاخيرة من الفصل 492 لكنها تبقى جارية ضد ه أيضا بصفته جارما رئيسيا ما دامت زوجته لم تتنازل عن شكواها كما أن « أ » نفسها ، بالرغم من تنازل زوجها تبقى متابعة كمشاركة لـ « ب » .

ان هذا لغريب جدا ولم يكن توقعه المشرع عند ما وضع احكام القانون الجنائي المتعلقة بالخيانة الزوجية .

وان الحالة تنتشعب اكثر اذا ما تنازل كل من الزوج المهان والزوجة المهانة عن شكواه . فان كلا من « أ » و « ب » يستفيد من التنازل بوصفه جارما رئيسيا لكن تبقى المتابعة جارية ضده بوصفه مشاركا ، فيختفى اذن الجارمان الرئيسيان ويبقى المشاركان فى نفس الشخصين « أ » و « ب »

يبدو اذن تنازل الزوج والزوجة المهانين بدون فائدة ما دامت المتابعة لم تسقط لصالح زوجيهما . وهذا من الغرابة بمكان !

بجانب هذا فان أحكام الفصل 491 لا تتلاءم بالتمام مع الفصل 490
النّاص على جنحة الفساد والمعاقب عنها .

ان تلك الاحكام لها طابع عام ولا يجوز تطبيقها طبعا على الرجل
المتزوج والمرأة المتزوجة لان في هذه الحالة ستكون أمام جنحة الخيانة
الزوجية التي لها طابع خاص ، والاحكام الخاصة لها امتياز على الاحكام
العامة ، فلا يطبق اذن الفصل 490 الا على الاشخاص الغير متزوجين
اي العزب والارامل والذين انقصم زواجهم بالطلاق أو التطليق . أما
المتزوجون فان القانون بدون أن يشعر خولهم حصانة متينة تجعلهم في
مأمن من كل متابعة بالزنا وتترك لهم الحرية المطلقة في هذا الميدان ما
لم يقدم أزواجهم شكوى ضدهم .

فاذا كان المشرع يعتبر ان الخيانة الزوجية لا تلحق ضررا بالمجتمع
بل الزوج المهان فقط فان زنا العزب أو الفساد لا يلحق اذن ضررا بأي
أحد بالتالي حسب هذا المنطق عدم اعتباره جريمة وحذفه من القانون
الجنائي .

علاوة على ذلك ان المشرع أراد أن يساوي بين الرجل والمرأة وأن
يزجر المشارك في الخيانة الزوجية ولو بوقف المتابعة ضد الجارم الرئيسي
بطريقة تنازل الزوج المهان لكنه لم يوفق على الاطلاق .

هذا أما بخصوص عدم استفادة المشارك بالتنازل فانه في الحقيقة
هو الذي يضع تفرقة بين الناس اذ هو يؤدي الى عقاب شخص واحد دون
الآخر الذي ساهم في ارتكاب نفس الفعل الاجرامي والذي سيحمل سجله
العدلي سابقة تمنعه من استعمال حقوقه الوطنية بينما للآخر الحق في
استعمالها كاملة ما لم تكن له سوابق من أجل أفعال أخرى .

أما القانون الفرنسي ، علاوة على انه جعل من زنا الزوج وزنا الزوجة
جنحتين مختلفتين فانه يزجر الثاني بعقوبة اشد من الاول بسبب ان عواقبه
أخطر نظرا لما يترتب عنه من فقدان الثقة في شرعية الاولاد . هذا ومن
ناحية أخرى فان التنازل عن الشكوى لا يصدر الا من الزوج دون الزوجة
ويستفيد منه المشارك . ان هذه الاحكام التشريعية تبعد كل الصعوبات .

محمد العربي المجبود

✽ عن ابن عباس قال : قال رسول الله (ص) يا ابا هريرة عدل
ساعة خير من عبادة ستين سنة وجور ساعة في حكم أشد
واعظم عند الله من معاصي ستين سنة

من أحكام المحاكم

حول مسؤولية الناقل الجوي في المغرب (1)

بقلم : احمد فراق

تمهيد : ينص الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية على ان القاضى يبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الاطراف ذلك بصفة صريحة ، كى لا يحق له الامتناع عن الحكم أو اصدار قرار ، ويجب البت بحكم فى كل قضية رفعت الى المحكمة (الفصل الثانى من المسطرة المدنية) ، كما يتعين على القاضى طبقا للفصل الرابع من ظهير الوضعية المدنية للاجانب المؤرخ فى 13 غشت 1913 ان يعين القانون الجنى الواجب التطبيق بالنسبة لكل شخص يحمل فى آن واحد عدة جنسيات لدول اجنبية .

لكن هل يحق للقاضى التأكد من ان ما عهد اليه بتطبيقه من نصوص قد روعي في اتخاذها الشكل الواجب صدورها فيه لتعتبر قانونيا داخليا ؟ وهل يسوغ له كذلك استبعاد تطبيق قانون ما لمجرد عدم توفر قرينة علم المواطن عن طريق النشر ؟

فالحكم الذى نحن بصدد دراسته والتعليق عليه تطرق بصورة اساسية لهذا السؤال واجاب عنه فى منظوقه .

فقبل مناقشة هذا المنطوق يجدر بنا بادىء دى بدء ان نعرض لموجز الوقائع والدفع التى اثارها الاطراف لنخلص منها الى المشكل القانونى المطروح ثم كيفية معالجة الحكم لهذا المشكل .

(1) صدر من المحكمة الابتدائية بالرباط حكم عدد 9578/77 بتاريخ 77/12/26 يتعلق بالاساس القانونى لمسؤولية الناقل الجوي فى المغرب

1 — ملخص الوقائع والدفع التي أثارها الاطراف :

بتاريخ 18/9/1961 ارتطمت طائرة من نوع كارفيل — في ملكية شركة الخطوط الفرنسية المغفلة الاسم ، مركزها الاجتماعي ببافيس — بارضية مطار سلا فترتب عن الحادثة وفاة أحد المسافرين فتح تحقيق قضائي في الموضوع ضد مجهول بتاريخ 8 أكتوبر 1962 اثبت ان أسباب الحادثة ترجع الى خطأ الريان وخطأ شركة الخطوط الفرنسية اذ رخصت هذه الاخيرة للطائرة بالنزول في مطار سلا الذي لايتوفر على الاجهزة اللازمة لذلك ، اما خطأ الريان فيتجسد في كونه التجأ الى النزول في ظروف كانت فيها امكانية الرؤيا لديه لا تتعدى 500 م وتحليق علوى لا يتجاوز 30 م كما يستنتج من خلال تصريح ضابط الامن الجوى ببرج المراقبة لرجال الضابطة ، ان السبب في وقوع الحادثة لا يرجع للقوة القاهرة لعلم قائد الطائرة بسوء احوال الطقس التي تلقاها من برج المراقبة بل يرجع الى خطأ الريان في طريقة عملية النزول التي اختارها دون التأكد من صحتها عن طريق الاتصال ببرج المراقبة .

يتبين من وقائع النازلة اذن اننا امام الناقل الجوى ، وبالفعل فقد تقدم ذوو حقوق المتوفى بدعوى تعويض شامل للضرر امام المحكمة الابتدائية بالرباط بواسطة دفاعهم (1) مع العلم ان المدعين رفضوا اقتراحات شركة الخطوط الفرنسية للنقل الجوى الرامية الى تعويض الضرر في حدود «احدى واربعين الف درهم» تطبيق للفصل 22 من معاهدة فارسوفيا المؤرخة في 12/10/1929 (2) الذي ينص على المسؤولية المحدودة للناقل الجوى .

لكن المدعين اسندوا الى تعليل مطلبهم بالتعويض الشامل للضرر الى الاسباب التالية :

1 — ان الفصل 25 من معاهدة فارسوفيا ينص على ان المسؤولية المحدودة حسب ما تقتضيه شروط الفصل 22 من الاتفاقية — لا يستفيد منها الناقل الجوى اذا كان الضرر ناتج عن تدليس او خطأ جسيم موازله ارتكبه الناقل او أحد اتباعه (كالخطأ الجسيم الذي يرتكبه ريان الطائرة اثناء ادائه لمهامه) واثبت الضحية او ذوو حقوقه ذلك ، وحيث ثبت من ملف التحقيق ومن محضر الضابطة القضائية ان سبب الحادثة مرده تهور ريان الطائرة عند ما باشر عملية النزول دون ان يتأكد من سلامة هذه العملية ولعله بانعدام الظروف المناخية الملائمة ، مما يتوفر معه عنصر الخطأ الجسيم وبالتالي ابتعاد مقتضيات الفصل 22 من معاهدة فارسوفيا والقول بالتعويض الشامل للضرر حسب مقتضيات القانون الداخلى الجارى به العمل في المغرب اى قانون 1/8/1928 — الممتد من القانون الجوى الفرنسى المؤرخ في 31 ماي 1928 — الذي يحيل بدوره على القانون العام اى الفصلان 78 و 88 من ظهير الالتزامات والعقود وكذا الفصل 106 من القانون التجارى ، وقد ردت شركة الخطوط الفرنسية

(1) باعتبار ان المسطرة كتابية فيما يتعلق بتطبيق القانون الجوى (الفصل 45 من قانون المسطرة المدنية)

(2) انضم اليها المغرب بتاريخ 8/1/1958

على هذا الدفع بواسطة دفاعها بأنه لى يرر تطبيق البند 25 من اتفاقية فارسوفيا يجب اثبات ارتكاب خطأ جسيم يساوى الغش كما يقضى بذلك بروتوكول لاهاي المعدل للفصل 25 من المعاهدة وكذا الفصل 214 من المرسوم المغربى المنظم للطيران المدنى المؤرخ فى 10 يوليوز 1962 بالإضافة الى ان مطار الرباط يتوفر على تجهيزات وامكانيات تجعله صالحا للاستعمال طبقا لقرار منظمة الطيران الدولية ، كما انه لا يمكن مؤاخذة الريان باهمال مراعاة معلومات حول الطقس لم يكن قد عرفها اذ ان التقرير الذى انجزته لجنة البحث يؤكد بان الحالة الجوية التى يشير اليها المدعون لم تبلغ الى السلطات البرية بالرباط الا بعد وتوقع الحادثة الشىء الذى يجعل — التحديدات التى اعطاها المدعون للخطأ لم تكن مصادفة للوصف الدولى للخطأ الذى يتطلب قيام المستخدم بفعل مقصود وعن وعي بالنتيجة المؤدية الى الضرر حتى يمكن تطبيق الفصل 25 من اتفاقية فارسوفيا .

2 — لكن المدعين اثاروا دفعا آخر يتعلق باستبعاد تطبيق معاهدة فارسوفيا كلية ووجوب تطبيق القانون العام وذلك استنادا الى وسيلتين الرسمية المغربية (بل نشرت فى الجريدة الرسمية الفرنسية) وثانيهما خرق الفصل 4 من معاهدة فاس الذى يستلزم صدور ظهير شريف يصادق على اولهما وهى اساسية وتتمثل فى عدم نشر الاتفاقية المذكورة فى الجريدة الاتفاقية لى تكسى صبغة القانون الداخلى .

واحتياطاً فان التحقيق القضائى ضد مجهول اثبت واقعة الخطأ الجسيم الذى يشترطه الفصل 25 من معاهدة فارسوفيا والذى ينص على المسؤولية غير المحدودة فى حالة ثبوته ، ويتجسد فى كون ربان الطائرة عمد الى النزول ليلا فى مطار سلا مع انه توصل بانذار من برج المراقبة يحمل رقم 5360 يتضمن انعدام الرؤيا ، ثم فى كونه قد حلق بالطائرة على ارتفاع لا يتعدى 91 مترا فى حين تلزمه القوانين الجوية بالتحليق على بعد 380 م اثناء محاولة النزول .

2 — كيفية معالجة الحكم للمشكل القانونى .

3 — ومناقشة منطق الحكم .

فلو ان الحكم اقتصر على التأكيد من واقعة الخطأ الجسيم — سيما وانها ثابتة بمقتضى قضائى للتحقيق لتبريز دعوى التعويض الشامل للضرر لسلم ضمينا بتطبيق معاهدة فارسوفيا ، لكنه تطرق مباشرة للاجابة عن الدفع المشار المتعلق باستبعاد تطبيقها ، وبقدر الاشارة الى انه فى حالة استبعاد الاتفاقية المذكورة تطبيق مقتضيات المرسوم المنظم للطيران المدنى المؤرخ فى 10 يوليوز 1962 حسبها وقع تعديله بمرسوم 26 يناير 1970 طبقا للفصل 214 منه فى فقرته الثانية .

ففيما يتعلق بالوسيلة الاولى لتقرير الاستبعاد وهى عدم صدور ظهير محلى بشأن تنفيذ الاتفاقية اجاب الحكم عن سؤالين هما :

1 — هل معاهدة الحماية ما يبرم تلك المراحل القانونية ؟

وبطبيعة الحال فقد اعتمد الحكم في الاجابة عن ذلك السؤالين وبالتالي استبعاد تطبيق الاتفاقية لعدم صدور ظهير محلي بشأن تنفيذها على موافق الفقه والاجتهاد القضائي والتشريع الذي كان معمولاً به زمن الحماية .

موقف الفقه : ويتجلى في نظرية « ازدواجية السيادة » في القانون الدولي العام ، بمعنى أن واقع الحماية وأن ترتب عنه حرمان الدولة المحمية من ممارسة سيادتها في الخارج فإنها احتفظت لنفسها بحرية التصرف في شؤونها الداخلية كلاً أو بعضاً ، ويؤكد ذلك ما ذهب اليه الدكتور بغيرفى كتابه « الوجيز في التشريع المغربي » من أن رئيس الدولة المحمية رغم كونه تنازل عن سيادته الخارجية فقد احتفظ الى جانب كامل السلطة الدينية بجزء من السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والقضائية مع اقتسامها مع الدولة الحامية وتحت مراقبتها .

فبالنسبة للسلطة التنفيذية بقي رئيس الدولة مشرفاً على ادارة المخزن .

وبالنسبة للسلطة التشريعية فله الصفة لاصدار الاجراءات التشريعية المقترحة من طرف الحكومة الفرنسية بواسطة ظهائرها قوة القانون .

الاجتهاد القضائي : من الاجتهادات القضائية التي قررت زمن الحماية عدم امكانية تطبيق نص فرنسي بالمغرب الا بمقتضى نص قانوني داخلي اعتباراً للشروط الواردة في معاهدة الحماية لمعاهدة فاس) الفصل الرابع منها : — قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 9 يوليوز 1946 ، مجموعة هويتني صفة 321

— المحكمة المدنية بوجدة بتاريخ 7 يناير 1979 مجموعة دالوز هويتي 1949

— نص فرنسي ، الغرفة المدنية بتاريخ 7 ماي 1934 رقم 99 صفحة 198 .

موقف التشريع : ويتلخص في مقتضيات الفصل الرابع من معاهدة الحماية في المبدأ التشريعي الذي كان معمولاً به آنذاك وهو عدم قابلية تطبيق قانون فرنسي بالمغرب الا بمقتضى ظهير .

اما بالنسبة للواقع العملي وتطبيق للفصل السادس من معاهدة فاس فان هناك اتفاقيات صدرت ظهائراً شريفة تضمنتها وصادقت عليها منها مثلاً :

— ظهير 2 نوفمبر 1926 يتعلق بالمصادقة على الاتفاق الفرنسي المغربي المتعلق بمصلحة التحويل البريدي منشور بالجريدة الرسمية عدد 739 صفحة 2399 بتاريخ 21 دجنبر 1926 .

لكن الا يمكن اعتبار انضمام المغرب الى الاتفاقية المذكورة بتاريخ 8 يناير 1958 بمثابة موافقة المشرق المحلى على تطبيق معاهدة فارسوفيا ، وبالتالي فانه تدارك لتصحيح المسطرة ؟ الحكم لم يثر الى ذلك بصورة صريحة ، وانما يظهر انه اعتمد نشر الاتفاقية في الجريدة الرسمية كوسيلة اساسية لابتعاد تطبيق معاهدة فارسوفيا ، يستنتج ذلك من الحيثية الاتية :

« وحيث ان المصادقة التالية او انخراط المغرب في المعاهدة لا ينفي عنه التزامه وواجبه تجاه المواطن المغربي ، ذلك انه ما دام لم يتوفر ولم يثبت أنه توفر للمواطن في اطار القانون الداخلي شروطا للمعرفة بالنشر الحقيقي للقانون الملزم به دوليا فانه لا يمكن الاحتجاج به ضده التستتر من وراء ذلك الى عدم وجود نص عام ملزم بالنشر ، فالبديل هو ان تعطى ضمانات موازية للمبادئ العامة القائلة لا يعذر احد بجهله للقانون وذلك بايجاد وسيلة تسمح وتيسر طرق علم المواطنين بالقوانين وهو ما لا يتأتى الا عن طريق النشر » ،

فهل يعد النشر اجراء الزاميا في المغرب ام لا ؟

يشير الفصل 44 من الدستور الى ان مراسيم القوانين لا تنفذ الا من تمام نشرها ، وفي عهد الحماية كانت بعض الظهائر تذييل بالعبارة التالية :

« يطبق هذا الظهير ابتداء من يوم نشره في الجريدة الرسمية (منذ 1912 ثم انشاء الجريدة الرسمية في المغرب) وانتقلت هذه العبارة الى معظم الظهائر التي صدرت منذ الاستقلال ، ونجد كذلك الفصل الاول من قانون الجنسية الصادر في 1958/9/6 وهو ينص بالحر : ان مقتضيات المعاهدات او الاوافق الدولية التي تقع المصادقة عليها والموافق على نشرها ترجع على احكام القانون الداخلي « وفي تعليق للاستاذ موسى عبود على هذا الفصل في كتابه « دروس في القانون الدولي الخاص المغربي » نجد ما يلي : « المعاهدة في المغرب لتكون نافذة يجب ان تقع المصادقة عليها اي ان يصدر ظهير بالموافقة عليها وان تنشر في الجريدة الرسمية للدولة المغربية » ، وعليه فلا مجال في المغرب للجدل الفقهي حول تعيين الوقت الذي تصبح فيه المعاهدة نافذة وقابلة للتطبيق وهي مسألة دار حولها جدل كبير في القانون الدولي العام « اما موقف الاجتهاد من ضرورة النشر فيتلخص في انه منذ عهد الحماية عمل على سد هذه الثغرة التشريعية وصدرت بالفعل عدة قرارات تقضى بالتزام النشر باعتباره اجراء جوهريا يدخل في مصاف مبادئ القانون العليا .

— قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 8 ماي 1936 بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط لسنة 1936 — صفحة 106

— حكم محكمة الرباط بتاريخ 13 دجنبر 1940 .

— حكم محكمة السدد بالدار البيضاء بتاريخ 29 دجنبر 1949 .

— قرار محكمة النقض الفرنسية (في المغرب) بتاريخ 28 ماي 1951 .

— قرار المجلس الاعلى بتاريخ 10/11/1960 .

— قرار المجلس الاعلى بتاريخ 3 يوليوز 1968 .

— قرار المجلس الاعلى بتاريخ 3 نونبر 1972 يتعلق بنفس الحادثة
وبنفس الدفوعات وضد نفس المدعى عليها .

4 — تساؤل ؟

من خلال ما تقدم نستنتج أن الحكم استبعد تطبيق معاهدة فارسوفيا لسببين

1 — عدم نشرها لامكانية اعطائها طابع القانون الملزم للأفراد .

2 — عدم مراعاة الاجراءات اللازمة لاصدار تشريع صحيح بصور
ظهير شريف في شأن تنفيذها .

فهل يعتبر هذا الحكم قد بث في دستورية قانون وبالتالي فقد خرق
مقتضيات الفصل 25 من قانون المسطرة المدنية — باعتبار ان الفصل 44
هى الدستور ينص على النشر وان رقابة احترام تطبيق هذا الفصل لا يقرر
فيه قضاء الموضوع (بل ان الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى ينحصر دورها
في الرقابة على شرعية الاعمال (الادارية) بل الغرفة الدستورية هى المحتجة
للبت في ذلك ؟

وهل يعتبر كذلك استبعاد تطبيق معاهدة فارسوفيا نظرا لعب
مشكلى اعترى مسطرة اصدارها (اى لم تصدر في شكل ظهير محلي)
بمثابة بث في دستورية قانون ، اذ القانون الاسمى الذى لم يحترم هنا هو
المقتضى الدستورى القائل بعدم تطبيق نص فرنسى الا بموافقة السلطة
التشريعية للدولة المحمية ، هذا اذا فرضنا جدلا — وذلك ما لا يستقيم —
بان انضمام المغرب الى المعاهدة المذكورة للمصادقة عليها لا يعد تصحيحا
للمسطرة ؟

بقى ان اشير في الختام ، ولو بايجاز الى مضمين معاهدة فارسوفيا
المؤرخة في 12 اكتوبر 1929 والتي تم التوقيع عليها من طرف فرنسا لحساب
الدولة المغربية ثم انخرط هذه الاخيرة فيها والذي تم التعبير عنه بتاريخ
8 يناير 1958 ، فاقول في هذا الصدد ان الدول اذا كانت تسعى جاهدة
الى فرض رقابتها او على الاقل وصايتها على النقل الجوى الدولى المنتظم
باعتباره مرفقا عموميا ولاتصاله بمبدأ سيادة الدولة على قضائها الجوى ،
فانها من جهة اخرى تحتم عليها ان تجد من صلابه هذا المبدأ ، وتترك بالتالى
مجالا لعقد اتفاقيات تضع حدا لتنازع القوانين من جهة وتوحد المقتضيات
والاثار التشريعية من جهة اخرى .

وتتصنف هذه الاتفاقيات الى صنفين :

الصنف الاول : يحدد وينظم شروط وظروف الملاحة الجوية وكذا
استعمالاتها (الشغل والنقل الجويين — النوادى الرياضية للمطليين)
من بين هذا النوع :

اتفاقية شيكاغو المصادق عليها بمقتضى ظهير 1957/6/8 — وهى
تشكل القانون العام للطيران المدنى الدولى . (تنظيم مثلا مقاييس
التحليق — شروط المقابلة والاجتياز ، كقانون السير تماما على سطح
الارض) .

الصنف الثاني : ويتألف من الاتفاقيات المتعلقة بالقانون الخاص وتقتصر على تنظيم العلاقات بين المستغلين لقطاع الطيران المدني (مؤسسة النقل والشغل الجويين - النوادي الرياضية) وبين الخواص سواء منهم المسافرين الذين تربطهم بالناقل الجوي عقد النقل أو الأشخاص على سطح الأرض . فاتفاقية فارسوفيا المشار إليها اعلاه تدخل ضمن هذه الاتفاقيات الأخيرة .

وقد عنت هذه الاتفاقية بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي الدولي ، وتبرز أهمية هذه الاتفاقية في انضمام معظم دول العالم إليها ، ثم تعلقها باهم قطاع من قطاعات الاستغلال الجوي أي النقل الجوي الدولي .

ولقد أدى تطبيق هذه المعاهدة الى استظهار بعض نقائصها مما دعا الى تعديلها في 1955 ببروتوكول لاهاي بتاريخ 1955/9/28 وتكملها باتفاقية جواد لاحرا بتاريخ 1961/9/18 ولقد رفضت الولايات المتحدة الانضمام الى بروتوكول لاهاي 1955 لعدم موافقتها على ما جاء به من تعديلات طفيفة مطلوبة بتعديلات جذرية في احكام المعاهدة ، وتحت ضغط الولايات المتحدة الامريكية اساسا - صدر بروتوكول جواتيمالا سيتي في 1971/3/8 متضمنا تعديلات جوهرية في احكام المعاهدة تنصب اساسا على تغيير المسؤولية للناقل الجوي في نقل الأشخاص والامتعة والحد الأقصى للتعويض على الاضرار التي تصيب المسافرين .

وبعد اربع سنوات ، ابرمت بروتوكولات مونريال 1975 وعددها اربعة انصبت الثلاثة الاولى منها على تعديل اساس التعويض في كل من معاهدة وارسو الاصلية وبروتوكول لاهاي ، وبروتوكول كواتيمالا سيتي ، بينما ادخل رابعها بدوره تعديلات جذرية على احكام المعاهدة المتعلقة بنقل البضائع سواء من حيث اساس المسؤولية أو اسباب الاعفاء منها .

وقد انضم المغرب الى بروتوكول لاهاي في 1963/5/31 والى اتفاقية جواد لاحرا في 1976/2/18 ، والى بروتوكول جواتيمالا سيتي في 1975/11/17 .

وتتيمنا للفائدة اشير الى ان المغرب قد انضم كذلك الى اتفاقية روما في 1933/5/29 المتعلقة بمسؤولية مشغل الطائرة عن الاضرار التي تصيب الاغيار على السطح وقد عدلت هذه الاتفاقية بكيفية شاملة باتفاقية روما في 1952/10/7 ، وقد انضم المغرب الى هذه الاتفاقية في 29 يونيو 1964 اما اتفاقية روما المنعقدة في 1933/5/29 المتعلقة بالحجز التحفظي على الطائرات واتفاقية بروكسل في 1938/9/29 الخاصة بالمساعدة والانقاد بالنسبة للطائرات أو بواسطة الطائرات في الجرم اتفاقية جنيف في 1948/6/29 الخاصة بالاعتراف الدولي للحقوق على الطائرات فان المغرب لم ينضم اليها .

أحمد فراق

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ
رقم 007442- An تاريخ 20/09/2015
جريدة

هل يمكن للرجل المتهم بالقتل العمد أن يكون قاضياً الفصل 422 من قانون المسطرة الجنائية

بقلم : مليكة المراغي

عرضت على المحكمة الابتدائية قضية مضمنها أن سيدة تقدمت الى الشرطة بشكوى تدعى فيها انها كانت ضحية اغتصاب وقع عليها من طرف ثلاثة أشخاص وافقتهم لانها كانت لها معرفة سابقة بهم . فالقت عليها الشرطة القبض بتهمة ممارسة الفساد ،، فتأكد لقاضي الدرجة الاولى ان الامر يتعلق بجناية الاغتصاب وليس بجنحة الفساد ، ولذا فقد منحها السراح المؤقت وذلك بعد طلب منها ، ثم حكم بعدم الاختصاص في حين ان النيابة العامة عارضت في هذا السراح لكون قاضي الحكم صرح بعدم الاختصاص ، فاستأنفت الحكم .

فاذن ، هل يمكن لقاضي الدرجة الاولى الحكم بعدم الاختصاص ومع ذلك منح السراح المؤقت ؟

تضارب رايان حول هذه النقطة .

— فالرأي الاول يعطى لقاضي الدرجة الاولى صلاحية منح السراح المؤقت رغم الحكم بعدم اختصاصه وذلك اذا ما تأكد لديه أن المتهم انما هو ضحية استنفاذ الى أن الفصل 422 من قانون المسطرة الجنائية ينص على ما يلي : « اذا ثبت ان الفعل له صفة جنائية صرحت المحكمة بعدم اختصاصها طبق ما تقرر في الفصل 403 ، وعند الاقتضاء تأمر بإيداع المتهم بالسجن أو بالقاء القبض عليه » . فهذا الفصل اعطى للقاضي الحق في القاء القبض على شخص وايداعه بالسجن رغم التصريح بعدم اختصاصه

فلما لا نأخذ بالمفهوم المعاكس ونعطيه حق منح السراح المؤقت رغم الحكم بعدم اختصاصه اذ ليس من العدل ابقاء شخص رهن الاعتقال ما دام ان جل العناصر تؤكد براءته وانه مشبوه في جريمته ، خاصة وان الشك يفسر دوما لصالح المتهم ، وان البراءة هي الاصل حتى يثبت العكس .

— اما الراى الثانى فانه يسلب القاضى صلاحية منح السراح المؤقت عند التصريح بعدم الاختصاص لانه لا وجود لاي فصل فى المسطرة الجنائية يعطى للقاضى هذا الحق ، وانه لا يمكننا الاخذ بالمفهوم المعاكس للفصل 422 ق، م، ج لان القانون الجنائى لا يجوز التوسع فى شرحه او تطبيقه ، ثم ان الفصل 422 ق، م، ج، اذا منح القاضى الحق فى القاء القبض والايداع بالسجن رغم الحكم بعدم الاختصاص ، فذلك انما لاجل حسن سير العدالة ، مخافة افلات المشبوه فيه من قبضتها ، وحفاظا على سلامة المجتمع من هذا العنصر السئ ، ثم ان الحكم بعدم الاختصاص انما يتعلق بالشكل وليس بالجوهر ، فى حين ان السراح المؤقت يقتضى التعمق فى الموضوع ، وهنا يقع القاضى فى تناقض اذ كيف يمكنه منح السراح المؤقت الذى له علاقة بالجوهر مع ان الحكم بعدم الاختصاص يكون قبل البت فى الجوهر .

ثم انه يمكنه منح السراح المؤقت فى حالة واحدة ، اذا كان هذا الشخص مدخلا فى النزاع وليس متهما اصليا .

لقد بنت محكمة الاستئناف فى هذه القضية ، فأيدت الحكم القاضى بعدم الاختصاص وبمنح السراح المؤقت ، ولذا فقد حسمت هذا النزاع على الاقل فى هذه النقطة وبالتالي فيمكننا الاستئناس بهذا الحكم .

مليكة المراغبي

— جاء رجل الى ابي الموفق سبق بن صابر قاضى واسط فى العهد العباسى فاغلظ له فحبسه فكلمه فيه سليمان بن ابي شيخ وقال له : انما حبست الرجل لنفسك فان رايت ان تخرجه فقال القاضى : لنفسى ،،، لا والله فلو شتمنى وانا على غير القضاء ما قلت له شيئا ولكنى حبسته للمسلمين لان القاضى اذ وهن وهنت احكامه وكان ذلك راجعا على المسلمين